✠

POR

MARIA ALVAREZ SEVERINO, VIVDA DE PEDRO DIAZ SYLVESTRE VEZINA DE LA HIGVERA.

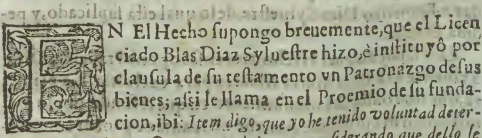
EN EL PLEYTO

CON FRANCISCO DIAZ SYLVESTRE,

SOBRE

EL PATRONAZGO QVE FVNDO Blas Diaz Syluestre, Cura y Beneficiado de la dicha Villa, que està visto en difinitiua, y sobre el Articulo de la prueba, que se reseruô.

SE SVPLICA A V. Md. PASSE LOS OJOS por este Apuntamiento.



EN El Hecho supongo breuemente, que el Licenciado Blas Diaz Syluestre hizo, è instituyô por clausula de su testamento vn Patronazgo de sus bienes; assi le llama en el Proemio de su fundacion, ibi: *Item digo, que yo he tenido voluntad determinada de fundar vn Patronazgo de legos, y considerando que dello se seruirà Dios nuestro Señor, y mis parientes y los sucessores que lo ayan de auer, reciban benefitio: y poniendolo en efeto para desde el dia de mi muerte, hago el dicho Patronazgo de legos en la forma siguiente.* Prosigue pues haziendo la fundacion, adjudicale ciertos bienes, y tratando del Patron, dize;

✠

ITem mando, y es mi voluntad que el primero sucessor que suceda, y goze deste Patronazgo que dexo fundado, ha de ser, y sea Pedro Diaz Sylueſtre mi hermano, el qual goze el vsufructo de los dichos bienes por los dias de su vida: y despues de auer muerto el dicho mi hermano, ha de suceder en el aprouechamiento del dicho Vinculo la persona que nombrare, y quisiere el dicho Pedro Diaz mi hermano. Y si (lo que Dios no permita) el dicho mi hermano muriere sin testar, y no nombrare persona que goze del dicho Patronazgo, mando que suceda en él el pariente mio mas cercano, prefiriendo siempre el varon a la hembra, y en esta orden vaya para siempre jamas. Y esto ha de ser no nombrando el dicho mi hermano, q̄ nombrando, se ha de estar a lo que dispusiere, y ordenare.

Muerto el Fundador entrò a gozar de este Patronazgo Pedro Diaz Sylueſtre su hermano, marido de la Actora, el qual estando a la muerte tratô de ordenar su testamento, y auiendo hecho mucha parte de el, dexò para otro dia el acabarle, de que resultò agrauarsele la enfermedad de suerte que quando boluio el Escriuano, solo pudo en su presencia, y de algunos testigos dezir, q̄ queria que su muger heredasse sus bienes, y assimismo fuesse Patrona deste Patronazgo, porq̄ luego espirô.

Muerto el marido, Maria Aluarez Seuerino, en virtud de la institucion pidio la herencia, en que tiene Executoria en su fauor, y pidio tambien la possession del Patronazgo, aueriguando con testigos el nombramiento que su marido le hizo: la qual se le contradixo por parte de Francisco Diaz Sylueſtre, sobrino del Fundador; y aunque tuuo sentencia del Ordinario en su fauor, se reuocò por la sentencia de Vista, mandandosele dar a Francisco Diaz Sylueſtre, de lo qual està suplicado, y pedida prueba.

Esto supuesto en el Hecho, tres cosas opone Francisco Diaz Sylueſtre a la dicha Maria Aluarez para excluirla. La primera, que no consta del nõbramiento en que se funda, por lo menos en forma probante, porque nõ se auia de probar con testigos, sino con instrumento publico en que Blas Sylueſtre su marido la nombrasse en este Vinculo, o Patronazgo, mayormente quando se vee que entrô pidiendo la herencia sin acordarse de el hasta despues algunos dias: cosa que no hiziera si le huuiera nombrado en el.

La segunda, que auiendo el Fundador hecho este Vinculo

en

en fauor de sus parientes, como lo dixo expressamente en la clausula proemial de la fundacion, que queda referida, demas de la disposicion de Derecho que lo presume assi, por mas amplia facultad que diesse a su hermano para nombrar sucessor, no se pudo estender a que nombrasse en el persona estraña, como es la dicha Maria Aluarez Seuerino, y assi no se ha de atender al nombramiento.

La tercera sea, que quando se conceda a la dicha Maria Aluarez ser parienta del Fundador, tampoco pudo ser nombrada al dicho Vinculo, por auer parientes varones que se auian de nombrar primero.

Verum enim verò his non obstantibus, el nombramiento es valido y firme, sin que aya fundamento para poderlo excluir, porque en quanto a la primera objecion, facilmente se euita considerando que el nombramiento, o eleccion, que todo es vno, *Nihil aliud est quàm quædam extraiudicialis animi sui, voluntatisve declaratio, quæ suapte natura, nec contractum, nec distractũ, aut vltimam voluntatem sonat, sed solùm nudam propositi declarationem, quæ posita in testamento habet vim testamenti posita in contractu habet vim contractus, &c.* Palabras son del señor Don Iuan de el Castillo lib. 5. cap. 80. num. 2. y antes lo dixo Flores de Mena, qui naturam eius explicat quæst. 22. lib. 3. à num. 1. qui alios refert: a que añade, que *Es meri facti nihil iuris admixtum habens, quæ nec requirit præsentiam electi, nec acceptationẽ absentis*: teste Gama decis. 173. art. 9. Valasco consultatione 61. num. 5. & 10. De donde sacan por consequencia necessaria, que se puede probar con dos testigos, sin que necessite de mas solemnidad. Resoluiolo assi Flores de Mena vbi supra, a quien siguio tambiẽ Dñs Castillo supra relatus. Resoluio lo mismo Paulo de Castro in l. vnum ex familia, in principio. ff. de legatis secundo. Addendus Padilla ibidem num. 9. Peralta in l. cum quidam. num. 13. ff. eodem. Cardoso in praxi iudicũ, verb. *Emphiteusis.* num. 18. Præses Valençuela Velasquez cons. 63. ex numer. 6 Multos congerit Hermosilla in l. 7. tit. 4. part. 5. glosa 5. & 6 num. 39. ibi: *Nominatio autem potest fieri coram duobus testibus, & duobus testibus probari.*

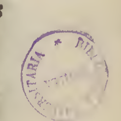
4 De donde se infiere bien, que teniendo probado con siete, o ocho testigos, que se hallaron presentes, Maria Aluarez Seue-

rino el nombramiento que su marido le hizo para que gozasse de este Patronazgo, ni le haze falta el nombramiento in scriptis, ni alguna otra solemnidad. Ni importa que huuiesse pedido primero la herencia, y despues este Vinculo, assi porq son cosas distintas, como porque los remedios possessorios lo son tambien; vno el de la l. final. C. de edicto Diui Adriani tollendo, y de las leyes de Partida, y Soria: y otro el de la l. 45. de Toro. Y assi no fue mucho que se intentassen en autos, y dias distintos. Demas de que algunos de los testigos que se presentaron para probar la institucion de heredera, dixeron sin preguntarselo del nombramiento tambien, conque se prueba que no fue cosa inuentada despues.

No obsta tampoco la segunda objeccion, para cuya respuesta se ha de notar la diferencia que ay de conferirse la eleccion en el arbitrio de vno, o en su libre voluntad, en que discurrio latamente el señor Luis de Molina de Hispanorum primog. lib. 2. cap. 5. à num. 1. plura ex pluribus D. Castillo lib. 5. quotidianar. cap. 67. à num. 3. Ex quorum resolutionibus se infiere que aquel a cuyo arbitrio se cometio la eleccion, tiene obligacion de guardar las disposiciones de Derecho, las calidades y condiciones del Mayorazgo, o fideicommisso a que elige. Todo lo qual no procede en aquel a cuya voluntad se cometio la eleccion. Las palabras del señor Luis de Molina vbi sup. n. 14. no necessitan de mas ponderacion: *Ex quibus comprehendi quã facillimè potest* (dize) *quàm lata, atque absoluta licentia à Iurisconsultis his, quibus eligendi libera voluntas relinquitur concessa fuerit, cum is cui libera eligendi facultas concessa fuit, nullis successionum, nec Maioratuum regulis, nec etiam iuris communis decisionibus adstrictus sit, &c.* Y la razon que dà Mieres quest. 72. a quien refiere y sigue Castillo dict. cap. 67. num. 4. es: *Quia commissarius cui fuit sic data potestas, habet eandem facultatem, ac institutor.* Y si este podia instituir a quien quisiesse sin ninguna limitacion, esso mismo podrà hazer el commissario.

Y dizese estar cometida la eleccion *in voluntatem commissarij*, quando el instituidor vsa de la palabra, *Voluerit*, que significa libre y absoluta voluntad, como probò latamente Menochio de arbitrarijs lib. 1. q. 7. à num. 2. Y assi se explican por este verbo los Doctores, quando tratan de libertad absoluta: sic

Pater



Pater Molina 3.tom.disputatione 594.n.1. ibi: *Quando electio in voluntate electoris relicta est vt eligat quẽ voluerit*. Castillo dict. cap.67.num.3.ibi: *Præterea secundò principaliter obseruandum, atque constituendum erit electionem aliquando relinqui, & committi in liberam alicuius voluntatem, veluti cui voluerit, aut quẽ voluerit*. Dominus Molina dict. cap.5.n.8.ibi: *Nisi testator dederit facultatem alicui eligendi quem vellet*. Zeballos communium contra communes quæst. 265.ibi: *Capellanum quem voluerit*. Hermosilla ad l.57.tit.4.partit.5.glos.5.& 6.nu.12.ibi: *Quos elegerit, vel voluerit*. Y procede esto con mas latitud, quando el que dio la facultad no solo la concedio per verbum *voluerit*, pero ni aun circumscribio las personas de quien auia de hazer la eleccion, como en el caso de Zeballos dicta quæst.265.donde solamente dixo: *Eligat Capellanum quem voluerit*. Porque tal vez la palabra *Voluerit*, se suele limitar ex adiunctis, como notò el Padre Luis de Molina tom.3.tract.2.disp.594.n.1.ibi: *Nisi in cõcessione vt eligeret quem vellet, apposita esset restrictio, quæ eum excluderet, vt si dixisset: Qui non sit tali, vel tali vitio, aut tali qualitate affectus, &c.* Otro exemplo sea el del señor Don Iuan del Castillo lib.2.quotidianarum cap.26.donde la facultad fue: *Para hazer vn Mayorazgo en vno de sus hijos, o hijas qual mas quisiere*, vt videre est num.3. En el del señor Luis de Molina dict. cap.5.lib.2.num.4.tambien ay restriccion, ibi: *Vt inter filios & filias, quẽ vellet ad eiusdem Maioratus successionem eligat*. Y en el de Hermosilla la ay tambien in dict. l.57.tit.4.partit.7 glos.5.& 6.n.12. ibi: *Et si donatio facta sit alicui ex filijs, aut filiabus quos elegerit, aut cui voluerit*. Et denique en el de Mieres, a quien siguio Gutierrez lib.2.practicar.quæst.cap.67.n.3.donde la facultad fue *eligendi consanguineum*.

Todas estas resoluciones se acomodan bien al caso presente, en el qual el instituidor fue persona libre que no tenia ascẽdientes ni descendientes, y assi podia dexar su herencia a quiẽ quisiesse. Conque la duda, o question que se puede ofrecer, *non potestatis, sed voluntatis est*, la qual explicò por los terminos mas amplios y exuberantes que pudo, dando a su hermano facultad no solo libre y absoluta, *vt pote data per verbũ voluerit a quien quisiere*, empero sin adjunto que la limitasse, ni restringiesse, no *incertum de certis*, como en los exemplos referidos, en q̃ ha-

blan casi todos los Doctores que tratan la materia, sino *inter-*
tum de incertis, que es cosa muy diferente. De que se infiere bien
que aunque concediessemos que Maria Aluarez Seuerino no
es parienta del Fundador, la pudo muy bien nõbrar por Patro
na su marido, y la facultad q̃ tuuo se estẽdio a ello. En proprios
terminos lo resoluio Zeballos, q̃ tratô ex professo el punto
en la question 265. donde la facultad fue absoluta *eligendi, &*
praesentandi Capellanum, quem voluerit, y dize della: *Illa verba solũ*
insinuant vt Patronus habeat liberam facultatem eligendi Capellanum
ad libitum, & quod non sit adstrictus eligere consanguineum testatoris,
prout in dubio praesumitur testatorem voluisse. Aun mejor es el lu-
gar de Pelaez de Mieres 1.p.q.72.n.7. ibi: *Item quod si quis sim-*
pliciter, & indefinitè committat electionem, & nominationem ad Ma-
ioratum, & ad meliorationem absque grauamine, quod nominet in famĩ
lia, vel agnatione, aut ex cõsanguineis, nõ teneretur eligere consanguineũ
illius qui commissionem dedit, sed potest extraneum nominare, vt colli-
gitur ex resolutione Simonis de Pretis lib.3. dubit.4. solutione 329. ad
quod facit egregium consilium Pauli de Castro lib.2. incipit, Egregius
Doctor num.2. melius Zephalus conf.144. num.80. lib.3.

Inferese tambien de aqui, que pudo elegir muger, aunque
huuiesse varon. Para lo qual es muy bueno el lugar de Gracia-
no discept. forens. 58. tom.1. ã nu. 14. adequado a este pley-
to, porque se trataua de vna emphiteusi Eclesiastica, concedi-
da *pro filijs, & successoribus*, que es lo que nuestro instituidor hi-
zo, como dize en el proemio deste Patronato, ibi: *Y mis parien-*
tes, y los successores que lo ayan de auer, &c. Verbum enim *Successor,*
idem importat quod haeres. Menochius consil. 1053. nu. 6. lib. 12.
Peregrinus art. 32. num. 84. Fusarius consil. 169. n. 26. Y la fa-
cultad fue *Nominandi vnam personam ad libitum*, que es a la letra
la misma que se le dio a Pedro Diaz Syluestre, ibi: *La persona*
que nombrare, y quisiere: oponian lo mesmo que nos oponen, y
con todo esso resuelue Graciano la question en nuestro fauor:
Quia fuit concessa facultas nominandi vnam personam, quae dictio est cõ
munis ad vtrumque sexum, similis termino hominis, vnde pariter vtrũ
que venit ex proprietate sermonis, non ex interpretatione, stante praeser-
tim dictione ad libitum, per quam magis colligitur facultas nominandi
etiam foeminam, cùm ista verba importent voluntatem absolutã, & nul-
lis legibus regulatam. El lugar de Cabedo es a proposito tam-
bien

bien, porque va hablando en Mayorazgo, y resuelue lo mismo, ibi: *Iuris principium est in hac materia quod in bonis Maioratus, quæ veniunt per nominationem, potest nominari ea persona, quæ voluerit is, qui potestatem nominandi habet etiam si fœmina sit, & extet frater masculus, seu senior, seu iunior.* La decision 143. num. 1. y la 140. es muy buena a el num. 1. ibi: *Quod vbi in aliqua dispositione sunt verba restrictiua, illa restringunt dispositionem, illam etiã fauorabilem: quæ quidem restrictio in proposita specie satis colligitur, quia non simpliciter fuit data potestas dictæ Blancæ filiæ nominandi quem post eius mortem voluisset, sed tantùm nominatim ac spressim, vt sororem Antoniam nominasset.* Por manera que si la facultad fuera dada sin restriccion, como aqui, pudiera nombrar, como pretendemos, a quien quisiera. Los Adicionadores del señor Molina resoluieron tambien esto en el cap. 5. num. 4. & 5. donde auiendo puesto por conclusion que no se pueden elegir personas estrañas a el Mayorazgo: *Limitatur secundò* (dizen) *si de voluntate fundatoris Maioratus contrarium appareat.* Y alegan a Don Christoual de Paz en el cap. 34. en el nu. 114. donde y en los numeros siguientes prueba este Autor, que el elector puede elegir hembra, y dexar los varones si tiene facultad libre: y le cita y sigue el señor Don Iuan del Castillo en el cap. 36. de el lib. 4. en el num. 71. §. *Pro hac igitur parte. Quia si ex facultate in amplia forma* (dize) *& cum clausula quem ipse eligere voluerit, & vt verbum voluerit debeat præcisè operari, securè resoluit stante masculo fœminam præferri posse à commissario.* Todo lo qual nace de la fuerça de la palabra, *Voluerit*, que como dize este Autor en el numero 69. a el fin: *Operatur in fauorem eius, cui facultas, & commissio relinquitur omne id, quod is qui commissit facere posset.* Y alega a Menochio, Mieres, Gutierrez, Molina, y otros. Luego de la misma suerte que el Fundador pudiera elegir a la dicha Maria Aluarez, lo pudo hazer su marido.

Es mucho de ponderar la clausula de la dicha commission, ibi: *Y si lo que Dios no permita, el dicho mi hermano muriere sin testar, y no nombrare persona que goze del dicho Patronazgo, mando que suceda en el el pariente mio mas cercano, prefiriendo siempre el varon a la hembra, y en esta orden vaya para siempre jamas, y esto ha de ser no nombrando el dicho mi hermano, que nombrando, se ha de estar a lo que dispusiere, y ordenare.* No pudo darle mas amplia facultad, porque lla

ma

ma a su pariente, prefiere a el mas cercano, quiere que auiendo varon no suceda hembra; condicionalmente si su hermano no nombrare. Y ya se sabe que conforme al principio vulgar, *Conditio nihil ponit inesse*. Conque no llegando el caso condicionado, todo este llamamiento se desvanece, y no se contẽtô con esto, porque no hiziesse exemplar para restringir la voluntad de su hermano, lo boluio a declarar, ibi: *Esto ha de ser, &c.* Por manera que el tener nõbramiento el pariente, el preferirse el mas cercano, el excluirse el varon a la hẽbra no se ha de practicar quãdo ay disposicion de Francisco Diaz Syluestre

Denique la tercera objeccion no tiene dificultad, porque si fuesse assi, como quiere probar la Actora, que ella es parienta del Fundador deste Patronazgo, no recibe duda que pudo elegirla por Patrona de el su marido, y que V.S. en el articulo reseruado debe concederle la prueba que pide; porque ninguno ha dudado q̃ quando la facultad de elegir es libre, y sin ninguna limitacion ni palabra q̃ la restrinja, como la deste pleyto, puede el elector elegir la persona que quisiere siendo pariẽta del Fundador, aunque aya otros mas propinquos, y auiendo varones elegir hembras. Lo primero prueba la ley vnum ex familia, texto que todos alegan, §. si de falcidia. ff. de legatis 2. donde lo notarõ Bartulo, Baldo, Paulo de Castro, y los demas ordinarios. Resoluiolo assi el señor Luis de Molina, que cita muchos, lib. 2. cap. 5. n. 4. Peralta en el mismo texto, que alega a muchos tambien. Dñs Padilla ibidem, Pelaez de Mieres, Iuan Gutierrez, Zeballos, y otros que juntaron los Adicionadores del señor Molina en el n. 4. & 5. Es copiosissimo el lugar del señor D. Iuan del Castillo lib. 4. quotidianarũ por todo el cap. 36. principalmente desde el num. 46. Y que se celoso viro se pueda elegir hembra, lo prueban los DD. q̃ se han referido, y muchos que citan los Adicionadores del señor Molina vbi sup. ad nu. 4. & 5. que todos hablan en caso mas apretado, scilicet *en fundacion de Mayorazgo, o llamamiento a el*, no en vn Patronazgo como el deste pleyto.

Conque parece que la dicha Maria Aluarez tiene justicia en el articulo reseruado de la prueba, y en la causa principal, saluo, &c.

Lic. Antonio Perez.